

الترقية العقارية حق قانوني و مطلب إجتماعي "دراسة في التشريع الجزائري"

د /محمودي فاطمة الزهراء ، جامعة معسكر

تاريخ إيداع المقال: 2018/01/24 ----- تاريخ قبول المقال: 2018/04/27

ملخص :

تولى الجزائر كغيرها من الدول، أهمية كبيرة لقطاع السكن، باعتباره أكثر الحاجات الإجتماعية، وأحد المكونات الأساسية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية، فكرسته الجزائر كحق و مطلباً دستوريا فأخذت على عاتقها مسؤولية إنتاج السكن و تمويله، وكان ذلك من خلال اعتماد الترقية العقارية كنشاط عقاري لتسيير هذا القطاع، ولتحقيق الترقية الفعلية أطرت الجزائر هذا النوع من النشاط من الناحية القانونية على مراحل مهمة من تاريخها فكانت الأولى سنة 1986 والثانية سنة 1993 و المرحلة الأخيرة سنة 2011 ، سعيها منها إلى توسيع النشاط العقاري أمام جميع المتدخلين العموميين و الخواص، للمشاركة في الترقية من خلال خلق محيط تنافسي، يؤدي إلى تحسين مستوى قطاع السكن كما و نوعاً باعتباره حق لكل فرد مكفولاً بقوة القانون و مطلباً اجتماعياً لا بد منه

الكلمات المفتاحية : الترقية العقارية ، المرفي العقاري قطاع السكن ، النشاط الترقوي ، البيع و الإيجار ، التصرفات العقارية ، نقل ملكية ، حفظ الحق .

Résumé:

L'Algérie, comme d'autres pays, a accordé une grande importance au secteur du logement en tant que besoins les plus sociaux et l'une des composantes de base du développement économique et social. Il a assumé la responsabilité de la production et du financement du logement grâce à l'adoption de la promotion immobilière en tant qu'activité immobilière, L'Algérie a réglementé ce type d'activité légalement à des étapes importantes de son histoire, la première en 1986 et la seconde en 1993 et la dernière phase en 2011.

Afin d'élargir l'activité immobilière devant tous les secteurs publics et privés, en participant à la promotion en créant un environnement concurrentiel, ce qui conduit à l'amélioration du niveau du secteur du logement.

المقدمة

منذ عصر ما قبل التاريخ نمت لدى الإنسان فطرة البقاء من أجل إشباع حاجياته الغذائية والأمنية، والتي أدت به بطبيعة الحال إلى التملك الفعلي للأرض بصفة فردية أو قبائلية من أجل غرس مزروعاته أو تعليم ميدان للصيد أو الاستيلاء عليها بعد مجابهات قبائلية وحروب وغزوات، وتعتمد عموما دلائل الحيازة أو التملك لدى الجماعات الموجودة على شهادات بعضهم لبعض أو القواعد الاعتراف العرفية. ثم تطورت قواعد التملك والحيازة للعقار أو الملكية العقارية مع تطور المجتمعات التي وضعت تشريعات خاصة تقوم على أسس من التعاون و احترام حقوق الفرد و الجماعة في شكل تصرفات قانونية، خاصة مع ازدياد الحاجة الملحة للسكن، مع ازدياد النمو الديمغرافي الذي ساد البلاد، فكان لزاما على الجزائر أن تولي، أهمية كبرى لقطاع السكن، باعتباره أكثر الحاجات الاجتماعية حساسية، وأحد المكونات الأساسية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية لذا يعتبر قطاع السكن من القطاعات الرئيسية في الدولة.

فكان الاهتمام بهذا القطاع من جوانبه النوعية و المعمارية والبيئية، من خلال إيجاد تقنيات أو آليات قانونية تخفيف من حدة الطلب المتزايد على العقارات السكنية، وتشجيع عمليات الاستثمار في هذا مجال.

لذا جندت الجزائر كل الوسائل المادية و البشرية المتاحة، لتلبية الطلب المتزايد عليها ففتحت المجال لنشاط العقاري أمام جميع المتدخلين العموميين و الخواص، لإنجاز السكن و تمويله، و بالتالي خلق إطار تنافسي يؤدي إلى تحسين مستوى السكنات

فلجأت الجزائر إلى التأطير التشريعي المنظم الذي ظهر بداية سنة 1986 و المسمى بقانون الترقية العقارية.

و لما تبنت الجزائر سياسة اقتصادية و اجتماعية جديدة مسايرة لتطورات العالمية كان لا بد من تغيير هذا القانون، فألغى المشرع الجزائري قانون 86/ 07 المتعلق بالترقية العقارية، بصدور المرسوم التشريعي 03/93 و سمي بالنشاط العقاري و التي تعتبر الترقية جزءا منها.

إلا أن نشاط الترقية العقارية تطور بشكل لم تعد غالبية النصوص المنظمة له تتناسب و متطلباته فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يصدر قانون 04/11 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية الذي أطر هذا المجال بشكل جديد.

و للإشارة فإن الترقية العقارية لا تتعلق فقط بالسكن، و إنما تتعلق أيضا بالمحلات المعدة لأغراض صناعية و تجارية و حرفية، غير أنه نظرا لأهمية قطاع السكن و حساسيته سواء بالنسبة للأفراد أو الدولة، لذا حاولنا التطرق لهذا الموضوع، حتى نتمكن من معرفة مسألة المعالجة القانونية التي انتهجها التشريع الجزائري في تأطير من الترقية العقارية والنشاط العقاري ؟ و معرفة أهم الآليات التي نفذ المشرع الجزائري من خلالها برنامج الترقية ؟

لذا قسمت هذا الموضوع إلى مبحثين على التوالي عالجت من خلالهما الإطار التنظيمي للترقية العقارية ثم التقنيات القانونية للترقية العقارية.

المبحث الأول : الإطار التنظيمي للترقية العقارية

على خلاف العرف السائد و هو تفادي التشريع الخوض في التعريفات تاركا الأمر للفقهاء، فقد تطرق المشرع الجزائري لتعريف الترقية العقارية، من خلال النصوص كلا

من قانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية¹ و المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري² الذي ألغى أحكام القانون السابق.

المطلب الأول: مفهوم الترقية العقارية

عرف المشرع الجزائري الترقية العقارية ضمن قانون و مرسوم يختلفان من حيث الزمان و حتى من حيث ظروف الاجتماعية و الاقتصادية و حتى السياسية لهذا سنبرز مفاهيم هذا النوع من التطوير العقاري

الفرع الأول : تعريف الترقية العقارية ضمن قانون 07/86

لقد عرف المشرع الجزائري الترقية العقارية ضمن نص المادة 02 من قانون 07/86 المشار إليه أعلاه كما يلي " تستهدف الترقية العقارية إلى تطوير الأملاك العقارية الوطنية و تتمثل هذه الترقية التي تكيف حسب الحاجات الاجتماعية في مجال بناء عمارات أو مجموعات تستعمل في السكن أساسا وتشتمل بصفة ثانوية على محلات ذات طابع مهني وتجاري تقام على ارض خاصة أو مقتناة عارية أو مهياة أو واقعة ضمن الأنسجة الحضرية الموجودة في إطار إعادة الهيكلة والتجديد. و يمكن أن تخصص العمارات أو مجموعات العمارات المبنية في هذا الإطار، لسد الحاجات العائلية الذاتية، أو للبيع أو للإيجار، و ذلك في إطار القوانين و التنظيمات المعمول بها و أحكام هذا القانون ".

¹ - قانون 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 10 المؤرخة في 05-03-1986.

² - المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 14، مؤرخة في 03-03-1993.

يستشف من العبارة الواردة في نص المادة 2/2 من قانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية "تشمل هذه الترقية التي تكيف حسب الحاجات الاجتماعية في مجال السكن "

هذا يعني أن الترقية العقارية كان هدفها الأساسي هو بناء المساكن و هذا يعني أن للترقية العقارية حسب هذا التعريف لها بعد اجتماعي أكثر منه اقتصادي و عليه فإن تعريف الترقية العقارية في ظل قانون 07/86 لم يقدم تعريفا شامل للترقية العقارية و حصر معناها في بناء المساكن فقط و تخصيصها للبيع.

كما أن المشرع حدد القائم بإنجاز بعملية و أطلق عليه تسمية "المكتب" بناء على نص المادة الثامنة من القانون المذكور أعلاه و لا وجود له إلا لفترة عملية واحدة عن طريق الاكتتاب و قد يكون شخص طبيعي أو معنوي في شكل مرقي عقاري أو مهندس معماري أو مقاول أو مهندس في الهندسة المدنية أو عامل أو بناء¹

¹ - تنص المادة الثامنة على مايلي " يفتح الاكتتاب، قصد انجاز عمليات الترقية العقارية لأي شخص طبيعي أو معنوي، ذي جنسية جزائرية، قادر على التفاوض والتعاقد بالتزام، وإبرام الاتفاقية، ويستثنى من ذلك الأشخاص والهيئات العمومية التي يخولها قانونها الأساسي ذلك، والبناء الذاتيون، الفرادى أو المنتظمون في تعاونيات عقارية، الذين يقعون خاضعين للإجراءات المنطبقة عليهم غير انه لا يمكن الأشخاص المحكوم عليهم أن يكتتبوا مباشرة أو بواسطة أشخاص آخرين للقيام بأية عملية ترقية عقارية، طبقا لهذا القانون، وبمقتضى أحكام المواد 119 و 220 و 372 و 376 من قانون العقوبات.

ويجب أن لا يتكون الأشخاص المعنويون للقانون الخاص إلا من الأشخاص الطبيعيين ذوى الجنسية الجزائرية مباشرة أو بواسطة أشخاص آخرين للقيام بأية عملية ترقية عقارية، طبقا لهذا القانون، وبمقتضى أحكام المواد 119 و 220 و 372 و 376 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني: تعريف الترقية العقارية في مرسوم 03/93

لقد ألغى المشرع الجزائري قانون 07/86 بموجب مرسوم 03/93 المشار إليه أعلاه و المتعلق بالنشاط العقاري حيث خصص المشرع الفصل الأول منه للترقية العقارية و عرفها في نص المادة 02 منه كما يلي " يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.."²

يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محالات ذات الاستعمال السكني، أو محالات مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري "

حيث جاء هذا المرسوم ليعزز البعد الاقتصادي و الاجتماعي الذي تهدف منه عملية الترقية العقارية و يظهر ذلك من خلال استعمال المشرع لكلمة " نشاط " الواردة في نص المادة 2/2 منه أي اعتبار الترقية العقارية نشاطا عقاريا يدخل في النظام العام للاقتصاد "³

² - يلاحظ أن نص المادة 1/2 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 أنها تختلف من حيث الصيغة بين النص العربي والنص الفرنسي، ففي النص العربي نجد يشير إلى النشاط العقاري، أما في النص الفرنسي فهو يشير إلى الترقية العقارية

" *Activité de la Promotion Immobilière* " رغم ما يوجد بين المصطلحين من اختلاف جوهري بينهما " فالنشاط العقاري هو كل المعاملات والتصرفات القانونية الواردة على العقار، أو المتعلقة به مثل بيع العقار وتأجيله وقسمته... الخ، أما الترقية العقارية فما هي إلا جزء من النشاط العقاري ولا تشكل إلا مظهرا من مظاهر هذا النشاط و بالترجيح بين النصين فإن النص الفرنسي هو الأصح و الأرجح.

³ -بوسنة ايمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، طبعة 2011، ص

وعليه فإن الترقية العقارية تتوقف على شرط الإنجاز أو التجديد للمباني الموجهة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، في وجود أشخاص مختصين في هذا المجال.

غير أنه يمكن القول أن التعريف الذي جاء به المشرع في المرسوم 03/93 جاء بتعريف غامض في تحديده للمفهوم الدقيق للترقية العقارية.

غير أنه خطى خطوة إيجابية في توسيع مفهومها لتشمل حتى المحلات المعدة لغير السكن ليساير بذلك مختلف القوانين الغربية المنظمة لعمليات الترقية العقارية. وبناء على هذا يمكن إعطاء تعريف للترقية العقارية على أنها "عملية إنجاز أو تجديد للبناءات من قبل المحترفين المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة بحيث تمتد هذه البناءات على نطاق واسع لتشمل المحلات التجارية أو الصناعية أو الحرفية¹."

أو أنها ذلك النشاط العقاري الذي يقوم به - في أي شكل و بأي طريقة - شخص طبيعي أو معنوي من أجل إنجاز زمام المبادرة و العناية الرئيسية في عملية الإنجاز أو التجديد و بأن يباشر - بنفسه أو بواسطة الغير - كل أو بعض الأعمال التي تتطلبها العملية².

أما الشخص القائم على إنجاز النشاطات العقارية أو مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.

¹ -عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة تخرج لنيل شهادة دكتوراه، جامعة لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010 ص 13

² -بوسته إيمان، المرجع السابق، و المأخوذ عن فتحي ويس المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، رسالة ماجستير، تخصص قانون عقاري، جامعة البلدة، 1999، ص 25 و وما يليها.

فيسمى في صلب النص "المتعامل في الترقية العقارية" بدلا من المكتتب الذي جاء به قانون 07/86³. و ذلك حسب ما أشار إليه المشرع في المادة الثالثة من مرسوم 03/93 كما يلي " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة الثانية المذكورة سابقا ، متعاملا في الترقية العقارية" أما النص الفرنسي فورد كالتالي :

" toute personne physique ou morale qui exerce les activités visées à l'article 2 ci-dessus est appelée promoteur immobilier

الفرع الثالث : تعريف الترقية العقارية في قانون 04-11

رغم أن المشرع الجزائري ألغى قانون 07/86 بموجب مرسوم 03/93 و حاول من خلاله توسيع نشاط الترقية العقارية غير أن هذه التعديلات باتت عاجزة عن استيعاب تشعب العلاقات بين الفاعلين و المقتنين في مجال العقار، مما خلق صعوبة في ضبطها، خصوصا مع توسع دائرة النشاط المعماري الذي أدى إلى تداخل العقود المنظمة لهذه النشاطات.

و بالتالي ظهور المسؤوليات كبيرة ناتجة عن سوء ممارسة النشاط الترقوي من حيث النطاقين الموضوعي و الشخصي و كذا الزمني.

على هذا الأساس، سعى المشرع إلى سن قانون آخر خاص بنشاط الترقية العقارية، محاولا منه أن يجمع مضامينه و، محددًا لالتزاماته و مسؤوليات أطرافه، مشيدين منهم و مقتنين، متماشيا في ذلك مع متطلبات اقتصاد السوق بذلك بصدور القانون 04-

³ - تنص المادة 2 من المرسوم 03-93 على ما يلي " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة... متعاملا في الترقية العقارية".

11 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية¹ ،
أين اصطلاح على القائم بعملية الترقية بالمرقي العقاري بدلا من المتعامل في الترقية
العقارية الذي ورد في مرسوم 03/93 كمحرك لمختلف مراحل العمليات المشكلة
لهذا النشاط.

و يعتبر مرقي عقاري « promoteur immobilier » بائع المساحات
المبنية أو في إطار البناء وقد استعمل هذا المصطلح من طرف Fernand
« Pouillon سنة 1954، للتعبير عن ما كان يعرف في النظام الفرنسي²
" monteurs d'affaires immobilières"

هذا الأخير قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا، كما حدد المشرع من
خلال هذا القانون مواضيع النشاط العقاري، التي اختصرها في عبارة المشروع العقاري
الذي يشمل عمليات الترميم، البناء، التهيئة و الإصلاح و التجديد العمراني و إعادة
التأهيل و الهيكلة و التدعيم الموجهة للبيع و/أو الإيجار .

أو بمعنى آخر، كل المعاملات و التصرفات الواردة على العقار أي جميع أنشطة
الحياسة و تهيئة الأوعية العقارية بغية البيع أو الكراء و جميع أنشطة الوساطة في مجال
العقارات بما في ذلك بيع أو تأجير العقار و الأنشطة العقارية أو أنشطة التسيير
العقاري بغض النظر عن نوع العقار و طبيعته و الهدف منه.

¹ - القانون 04-11 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الصادرة في
2011/03/06، جريدة رسمية، عدد14.

² - سعيداني لونا سي جيفة، المركز القانوني للمرقي العقاري في القانون الجزائري (04/11)، محاضرة ألقيت
بكلية الحقوق جامعة مولود معمري بتيزي وزو، بدون تاريخ.

و منه نستنتج أن الترقية العقارية لا تشكل إلا مظهرا من مظاهر النشاط العقاري و لا تشمل إلا نوعا معيناً من التصرفات، ولا تنصب إلا على نوع من العقارات المحددة بنص القانون.

و نتيجة لما سبق ذكره، يجب القول أن نشاط الترقية العقارية يكون منصبا على:

أ- على عملية البناء بصفة عامة أي الإنجاز أو التجديد

ب- أن يقوم القائم بإنجاز العمليات الترقية في مجال الترقية العقارية بأخذ زمام المبادرة و العناية الرئيسية في العملية.

ج- أن يباشر هذا الأخير بنفسه أو عن طريق الغير كل أو بعض العمليات التي يتطلبها البناء كالأعمال ذات الطابع القانوني أو الإداري أو المالي أو التسويقي.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للترقية العقارية

من خلال تحديدنا لمفهوم الترقية العقارية عبر ثلاث مراحل زمنية حددتها نصوص قانونية، سنحاول من خلال هذه الفترات إبراز الطبيعة القانونية لترقية العقارية في حد ذاتها، نظرا لأهمية هذه الطبيعة من الناحية القانونية و القضائية.¹

الفرع الأول: الطبيعة المدنية للترقية العقارية

أضفى المشرع الجزائري في ظل القانون 86 / 07 المتعلق بالترقية العقارية الصفة المدنية لكل عمليات البناء المنجزة في إطار الترقية و ذلك من خلال نصوص المواد "13-14-15" و بالتالي فهو قد أكسب الصفة المدنية للمكتب في عمليات

¹ -تظهر أهمية إبراز الطبيعة القانونية للترقية العقارية في تحديد المسؤولية أمام الجهات القضائية، و بالتالي يجب معرفة طبيعة الاختصاص النوعي، حتى تتمكن من تحميل المسؤولية من طرف القائم بالخطأ سواء كان سيء أو حسن النية. .".

الترقية هذا يعني أنه ينفي الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص و الموصوفين بأنهم تجار من تلك العمليات، لذلك فإن القائم بعمليات الترقية العقارية لا يمكن أن يكون تاجرا².

و يرجع السبب في منح هذه الصفة دون غيرها هي الهدف من مضمون الترقية العقارية في حد ذاتها و التي كانت تستهدف أساسا البناء من أجل القضاء على أزمة السكن وليس البناء من أجل المضاربة أو الربح لرفع من ميزانية الدولة عن طريق الجباية والضرائب، فكانت عملية إنجاز العقارات تلعب دور كبيرا في المجال الاجتماعي نتيجة الحاجة الملحة للسكن.

لهذا كان الواجب تطبيق قواعد القانون المدني و لن يكون ذلك إلا إذا منحة الصفة المدنية للمتعاملين في الترقية، والطابع المدني لا يكون عقبة في وضع أملاك هيئات الترقية في حالة تصفية أو التسوية القضائية³

أما مرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري أضفى الصفة المدنية على المتعامل الترقية العقارية، وهذا بخصوص الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة لتلبية الحاجات الخاصة بالمتعاملين العقاريين أو حاجات المشاركين في ذلك.

² - على سبيل المثال تنص المادة 13 من قانون 07/86 على مايلي " لا يستطيع أن يكتب لانجاز إحدى عمليات الترقية العقارية الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون الخاص، الموصوفون بأنهم "تجارى شكلا" تطبيقا لأحكام القانون التجاري

³ - Roger SAINTALARY, Droit de la Construction, Presses universitaires de France, 1977, PP311-312 مأخوذ عن: عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 16.

غير أن نشاط الترقية العقارية يعتبر عملا تجاريا بناء على نفس المرسوم، على عكس قانون 07/86 الذي وحد بين الصفة المتعامل في الترقية العقارية و أعمال الترقية في حد ذاته و منحهما الطبيعة المدنية.

الفرع الثاني: الطبيعة التجارية لنظام الترقية العقارية

تبنى المشرع الجزائري في ظل المرسوم التشريعي رقم 93/ 03 المتعلق بالنشاط العقاري إطار قانوني جديد للترقية العقارية وهذا بإضفاء الصفة التجارية على الأعمال الترقية، من خلال منح المتعامل في الترقية العقارية الصفة التجارية حينما يقوم بأعمال الإنجاز و تجديد الأملاك العقارية بغرض بيعها أو تأجيرها، وهذا بناء على نص المادة 2/3 من المرسوم 03/93 التي جاء نصها كما يلي " يعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا...".

كما يلاحظ من خلال هذه المادة أن الصفة التجارية التي منحت للمتعامل في الترقية كان بحكم ارتباطها بأعمال الترقية العقارية التي تعد هي الأخرى عملا تجاريا وهنا يتبين لنا أن المشرع قد تبنى النظرية الموضوعية التي تجعل من العمل التجاري هو أساس تطبيق القانون التجاري دون النظر إلى الشخص القائم بها¹.
غير أنه يجب التذكير أن المشرع استثنى المتعاملين في الترقية العقارية لتلبية حاجتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك.

¹ - عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 17.

غير أن قانون 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية فلم يبين بشكل صريح صفة المتعامل العقاري، غير أنه منح الصفة التجارية لأعمال الترقية، و ذلك بناء على نص المادة 19 من هذا القانون².

كما اشترط قانون 04/11، على القائمين بأعمال الترقية أن يكونوا 6 مسجلين في سجل التجاري بناء على نص المادة الرابعة من هذا القانون كما يلي " يرخص للمرقي العقاري المعتمدين و المسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية.. " هذا قد يفهم منه أن المشرع الجزائري قد اشترط الصفة التجارية في القائمين بأعمال الترقية قبل ممارسة النشاطات العقارية،

كما ألزمهم بالحصول على الاعتماد المهني حتى يكتسب الصفة الثانية و هي صفة المرقي العقاري و هذا ما ذكرته المادة 2/4 من قانون 04/11 كما يلي "... و لا يمكن أيا كان أن يدعي صفة المرقي العقاري أن يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على الاعتماد و مسجلًا في جدول الوطني للمرقيين العقاريين...".

المبحث الثاني: التقنيات القانونية للترقية العقارية

لم تعرف المحفظة العقارية في الجزائر تقنيات ترقية خاصة، إلا في السنوات الماضية القليلة بعد أن شهدت إصلاحات وتعديلات في المجال التنموي العقاري الذي رافقته نصوص تنظيمية أعطت صورة أكثر ديناميكية للنشاط العقاري¹.

² - تنص هذه المادة على ما يلي " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل لقيام بأعمال التجارة ممارسة نشاط الترقية العقارية...".

¹ - عز الدين زوية، خصوصية عقد بيع عقار على التصاميم، عن عقد بيع عادي، مجلة حقوق و الحريات، عدد تجريبي في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2013، ص

خاصة بصدور المرسوم 03/93 و قانون 04/11 المشار إليهم أعلاه بغرض الحصول على التوافق بين السياسة الاقتصادية مع السياسة العقارية.

المطلب الأول: عقد البيع بناء على التصاميم

الفرع الأول: تعريفه

إن صيغة بيع العقار بناء على التصاميم، استحدثت في النظام الجزائري بموجب قانون 1986، مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي أقر البيع قبل الإنجاز كعقد من العقود المسماة بموجب قانون 03/67 المؤرخ في 03 /01/ 1967²، حيث أكد بموجبه المشرع الجزائري على صيغة هذا النوع من البيع في جميع النصوص المتعلقة بالترقية العقارية سواء في قانون 1986 أو مرسوم 1993 و حتى قانون 2011 على أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء أو موضوع عقد، و كان أهم هذه العقود هو عقد بيع عقار قبل الإنجاز كما كان يسمى في 07/86 أو عقد البيع بناء على التصاميم كما سمي في مرسوم 03/93 و قانون 04/11

و هو من العقود المكسبه وناقلة للملكية العقارية بصورة مباشرة ويعتبر عقد البيع بناء على تصاميم، أو كما يسميه المشرع الفرنسي بيع العقار قبل الإنجاز نوعا جديدا لم تعرفه السوق العقارية في الجزائر بشكل مفصل إلا من خلال المرسوم التشريعي (93-03) و وأبقى عليه ضمن قانون 04/11 المتعلقين بالنشاط العقاري، رغم أن المشرع أشار إليه في حقيقة الأمر في قانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية في

² - عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 74.

فصله السادس ضمن المادة 29 منه، غير أن معالجة هذا القانون للعقد المذكور لم تكن دقيقة وواضحة، اعترى ذلك حتى في تسميته.

غير أنه و بالرجوع إلى نص المادة 28 من قانون 04/11، نجد أن المشرع عرفه صراحة، كما يلي " :عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنائات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، و في المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"

وقد إجتهد الفقه في فرنسا على تعريفه أيضا على أنه " بيع وارد على بناية لم تشيد بعد، يلتزم البائع فيه بتشييد بناءها ونقل ملكيتها إلى المشتري بأشكال مختلفة حسب نوع البيع ويتميز هذا البيع عن البيع العادي المعروف في القانون المدني بخصوصية أحكامه لا سيما تلك المتعلقة بالتزامات الأطراف وجزاء الإخلال بها"¹

الفرع الثاني: تكوين عقد البيع على التصاميم

إنّ المتعامل في الترقية العقارية هو الشخص الوحيد الذي يسمح له القانون بممارسة عقد البيع بناء على التصاميم، فهو المكلف بإنجاز البناء وجميع الأعمال إلى غاية تسليمها إلى المستفيدين، لذا يجتمع في هذا الأخير أحكام البائع والمقاول في نفس الوقت، كما يمكن أن يكون المرقي العقاري عبارة عن وسيط بين مقاولات البناء التي تقوم بإنجاز البناية و المستفيدين²

¹ voir: Philippe Malaurie (vente d'immeuble a construire) Dalloz - 1994, p2 .encyclopédie, civ- VII

² بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق أوبوكر بلقايد، جامعة تلمسان، ص

أ-الراضى :

يشترط لانعقاد عقد البيع بناء على التصاميم، وجوب اتفاق الطرفان على ماهية العقد، أي أن تنصرف إرادتهما إلى إبرام عقد البيع بناء على التصاميم عن طريق الرضا أو الراضى، و أن يتفقا على العقار المعقود عليه³ و الرضا هو أساس العقد وقوامه فلا يقوم بغير توافره، ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، ولكي يقوم الرضا بالعقد فلا بد من وجود إرادة لشخص محدد يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، وأن تخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجى بالتعبير عنها.

و عقد البيع بناء على التصاميم شأنه شأن عقد البيع، ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بين البائع والمشتري، حيث يقبل المشتري بالشروط المعروضة من البائع واتفاق على الثمن التقديرى وطريقة دفعه و أجل تسليم المبيع محل الانجاز، ويقابله موافقة البائع على انجاز العقار طبقا للمواصفات المطلوبة⁴.

غير أن الإيجاب فى عقد البيع بناء على التصاميم يأخذ صورة الإيجاب الموجه للجمهور فالمشروع الخاص بهذا العقد يعرض على واجهات الشركات العقارية أو فى الجرائد أو فى الشوارع أو على شبكة الانترنت... الخ و يشترط فى الراضى صحته، أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب، بالإضافة إلى صدورها من شخص ذي أهلية لإبرام هذا العقد.

³ - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 54

⁴ - قاشى علال، التزامات المرقى العقارى و جزاء الإخلال بها فى عقد البيع على التصاميم، محاضرة ألقىت بجامعة سعد دحلب " البليدة" كلية الحقوق، 2016.

ب-المحل :

ما يميز عقد البيع بناء على التصاميم هو عدم وجود المحل وقت إبرام العقد، إذ أنّ البيع ينصب على بناية لم تنجز بعد وهذا ما يجعل محل هذا العقد شيئا مستقبليا، كما أنّ هذا العقد زمني حيث يلعب فيه الزمن دورا مهما في تنفيذ التزامات كل طرف. وبالإضافة إلى أن البائع ملزم بملكية الأرض محل التشييد والعقار محل الانجاز أو البناية ما يميز هذا العقد أن الأرض ملكا للبائع فينقلها للمشتري في حالة البناية الفردية أو لجماعة المالكين في حالة البناية الجماعية على الشيع¹. هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 28 من قانون 04/11 بقوله "... هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنائيات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب..".

والملاحظ أنه قد لا يتحقق وجود المحل، إذا حدثت ظروفًا من شأنها أن تمنع انطلاق الأشغال أو توقفها وتحويل دون انتهائها سواء، بفعل البائع أو بسبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو عمل الغير، وإمكانية الوجود لا تعني إطلاقا تحقق المحل، ولا تعني استحالته ولكن تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه، بل تعني نوعا من المخاطرة تقع على عاتق الطرفين.

ج-السبب

هو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها و هو أيضا الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه.

¹ -الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

و هو الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراءه التزامه، نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الجزائري²

كما يلي " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر غير مشروع، أن يثبت ما يدعيه".

وبما أن عقد البيع بناء على التصاميم من العقود الملزمة للجانبين، يكون سبب التزام البائع بانجاز العقار وفق الشروط المنصوص عليها في العقد هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري، و سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على العقار محل الانجاز أو ملكية البناية المباعة إليه.

د-الشكلية

يقصد بالشكلية أو بقاعدة الرسمية إفراغ تصرف قانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم القانون هذه الصفة¹ و هم الضباط العموميين كالموثق و موظف الدولة...الخ، ثم تسجيل هذه التصرفات و شهرها لدى هيئات مختصة كمفتشية التسجيل و المحافظة العقارية.

1-التوثيق:

² - زاهية بن سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الطبعة الثانية، 2000، ص 20 وما يليها.

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة سنة 2008، ص 85.

والمقاعدة العامة في التعاقد طبقا للقانون الجزائري، هي رضائية العقود و العقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون حاجة إلى شكل معين ، و ذلك ما قضت به المادة 59 من التقنين الجزائري².

ولكن مقابل ذلك أقر المشرع الجزائري مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات مثالها المعاملات الواردة على العقارات، الذي كرسه المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى كما يلي " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي..".

و ذلك في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية وعلى كل ما يرد على الملكية العقارية من تصرف.

و الشكلية تبدأ من خلال تحرير عقد البيع بناء على التصاميم في شكل عقد أو محرر رسمي أمام الموثق.

والمحرر الرسمي " هو ذلك الذي يقوم به موظفون عموميون لهم حق التوثيق في المكان الذي تم فيه تحرير التصرف مع مراعاة الإجراءات المطلوبة"، كما عرفته المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي³

وقد ورد في ترجمة أخرى على أنه " ذلك المحرر الذي يصدر من موظفين عموميين لهم الحق في تحريره في المكان الذي تمت فيه كتابته وفقا للإجراءات المتطلبة"

² - حيث تنص المادة 59 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/07/26 المتعلق بالتقنين المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 على ما يلي " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

³ - أحمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه والتشريع و القضاء، بدون دار النشر، الطبعة الثالثة، 2007، ص 57.

و يجري نص تلك المادة كالآتي :

" L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayants le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé et avec les "solennités requises

في حين خص المشرع الجزائري تعريف المحرر الرسمي في نص المادة 324 من القانون المدني رقم (05-10) المؤرخ في 20/07/2005 التي أقرت أن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"¹

و يلاحظ أن النص القديم للمادة 324 التي جاء بموجب الأمر (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 المذكورة أعلاه أوردت عبارة " الورقة الرسمية" غير أنه استبدلت هذه العبارة و تم تعويضها في النص الجديد بـ " العقد الرسمي" سواء بموجب قانون (88-14) المؤرخ في و المتعلق بـ 03/05/1988 أو قانون المدني (05-10) المذكور أعلاه و لعل المشرع الجزائري قد رأى فيها ترجمة صحيحة لكلمة *Acte* الواردة في النص الفرنسي، غير أنه كان يستحسن الإبقاء على لفظ الورقة الرسمية بدل العقد باعتبار أن هذا الأخير تصرف قانوني مفرغ فيها عن طريق المكلف القانوني²

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية، 2000، ص 107.

² - ملخص عام لليوم الدراسي المشترك بعنوان، المعاملات العقارية و الإشكالات التي تعترى و تعيق العقد التوثيقي العرفية الجهوية لموتقي الغرب، تنسيقية موتقي ولاية معسكر، مجلس قضاء معسكر يوم 30 ماي 2005.

و عليه يجب منح الإطار القانوني للمعاملة العقارية خصوصا منها المتعلقة بنقل الملكية العقارية و جل الحقوق المتعلقة بها إذ لا تصح إلا بعد خضوعها للشكل الرسمي.

و قد أولى التشريع الجزائري عناية خاصة و أوجب إتباع إجراءات شكلية و دقيقة في تحرير العقود التي تتضمن نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية، و ذلك على غرار التشريعات الأخرى.

و اعتبر كل عقد لا يتم وفقا للإجراءات المقررة باطلا بطلانا مطلقا، و هذا ما تضمنته المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري و كان محتوى هذه المادة قد تضمنته المادة 12 من الأمر رقم (91-70) المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بتنظيم التوثيق و التي جاء نصها كما يلي " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

أضف إلى ذلك ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالوعد بالبيع التي تؤكد على أنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد، مثل ما هو الحال في العقارات.

و جاءت المادة 55 من القانون رقم (90-25) المؤرخ في 18/12/1990 المتضمن التوجيه العقاري تدعم ذلك أيضا حيث ألزمت على أن كل المعاملات العقارية يجب أن تتضمن الشكل الرسمي.

و من بين النصوص القانونية أيضا التي أمرت بقاعدة الشكلية المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي جاء نصها كما يلي " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقاري¹ ومن خلال استقراء المواد الأنفة الذكر نستنتج أن قاعدة الشكلية هي الانطلاقة الأولى و الأساسية لصحة و أهلية المعاملة القانونية العقارية القاضية بنقل الملكية العقارية حتى يتمكن من إخضاع هذه الأخيرة لإجراءات الشهر و التسجيل. و بما أن عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد رسمي فيجب أن يحرر أمام الموثق كالعقد العادي الوارد على العقار.

و هذا ما أكد عليه قانون 04/11 المشار إليه أعلاه في المادتين 33 و 34 كما يلي " يتعين على المرقى العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر استلام المؤقت للبناء أو لجزء منها بإعداد عقد بيع بناية أو جزء من البناية المحفوظة أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع...".

و أكد أيضا على أن " يتم إعداد عقد بناء على التصاميم على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار و يخص في نفس الوقت البناء و الأرضية التي شيد عليها البناء
2- التسجيل لدى المفتشية :

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، إنبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار الهومة للطباعة والنشر و التوزيع، الطبعة الخامسة، سنة 2003 ص 58 و 59.

إن تسجيل العقارات أقره المشرع الجزائري في قوانين عامة منها القانون المدني والتجاري ويفصل فيه بشكل كبير في قانون خاص به، وهو قانون التسجيل فيقع بذلك على جميع المعاملات سواء كانت متعلقة بالمنقولات أو العقارات بما في ذلك العقود العرفية التي تكتسب تاريخا ثابتا منذ تسجيلها.

فالتسجيل المتعلق بالتصرفات العقارية هو مرحلة من مراحل نقل الملكية التي اشترط فيها المشرع الطابع الرسمي، وبالتالي قرينة إثبات حول صحة التصرفات أو بطلانها ففي حالة الدفع بتزوير العقد الرسمي مثلا فكثيرا ما يسترشد في ذلك القضاة بمفتشي التسجيل للتأكد من صحة الإدعاء كطريقة لكشف الحقيقة.

باعتبار التسجيل إجراء إجباريا وإلزاميا خصصه المشرع كمرحلة أولية وشرط لانتقال الملكية العقارية، فهذا يعني أن هذا الإجراء له مفهوم خاص سواء من جانبه العملي أو النظري، كما له أهمية وخصائص تميزه عن غيره من الإجراءات المتعلقة بهذا النوع من المواضيع.

والتسجيل يعني التقييد أو الكتابة أو التدوين للتصرفات أو الأحكام القانونية في سجلات بغرض الحفظ أو الإثبات أو الشهر والعلانية، هذا المعنى للتسجيل دعا بعض التشريعات أن تسمى التسجيل بالتحفيظ تأثرا بوظيفته لا بماهيته كما في القانون المغربي والتونسي ودفع تشريعات أخرى أن تسمى التسجيل بالشهر تأسيسا على الوظيفة التي يرتبها من إعلام لذوي الشأن كما في القانون المصري والفرنسي ومن هنا نحوهما.

و يعرف أيضا على أنه " إجراء شكلي يتمثل في قيام موظف غير أن هناك من يعرف التسجيل على أنه " إجراء يتم من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كيفية محددة بموجب القانون".

وهو أيضا إجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة، تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة.

أو هو إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يمسكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا، أو هو "إجراء جبائي يركز بتسجيل بعض العقود في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة".

"كما هو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي يقوم بها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى موظف هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل"¹

عمومي، والقبض بتحليل صك (analyse d'un acte) بسجل خاص معد للغرض"²

يضاف إلى الدور الجبائي الذي يلعبه التسجيل في العقارات، هناك الأهمية القانونية باعتبارها مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية، تتوسط مرحلة التوثيق والإشهار العقاري، كما أنه إجراء إلزامي تدفع الحقوق فيه قبل القيام به، تطبيقا للفقرة الأولى من نص المادة 82 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي "إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها، تستخلص قبل إتمام الإجراءات...".

¹ - دوة أسيا، رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، 2008 ص19.

² - الحبيب الشطي، دراسات في القانون العقاري التونسي، المجموعة الثانية، دار الميزان للنشر، الطبعة الأولى 2001، ص09.

على أساس، أن قواعد القانون المدني اشترطت نفقات التسجيل على المشتري أي يدخل ضمن التزامات المشتري، وهذا يعني أن التسجيل ومصارفه جاء تطبيقا للقانون كما أكدت ذلك المادة 393 من القانون المدني كما يلي " نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضى بغير ذلك".

كما أن إجراء التسجيل هو احدي الشكليات التي جاءت لترسخ مبدأ استقرار المعاملات العقارية بإعطائها تاريخا ثابتا.

ويظهر ذلك من خلال النصوص التشريعية الخاصة بالعقارات، التي طالبت تنفيذ هذا الإجراء ناهيك عن قواعد القانون المدني.

كما جاء في نص المادة 39 من قانون التوجيه العقاري (90-25) المعدل والمتمم وعليه لا بد من إجراء التسجيل بالنسبة للتصرفات التي أخضعها له.

و طبقا للمادة 328 من القانون المدني أيضا و التي جاء نصها كما يلي " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.. " وغيرها من النصوص القانونية الخاصة.

فالتسجيل العقاري أهمية حتى بالنسبة للعقود العرفية المنصبة على التصرفات العقارية، حيث بموجبه يتعرف على تاريخ العقد ومدى صحة ثبوته عن طريق التأكد من عبارة التسجيل المقيدة على العقد من طرف مصلحة التسجيل، فالتسجيل إذا يعطي العقود العرفية الثابتة التاريخ، طابعا خاصا من الرسمية.

3- الشهر لدى المحافظة العقارية :

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة و / مولاي طاهر بسعيدة -الجزائر-

ولأجل تفعيله وتوسيعه صدرت مراسيم تطبيقية وأهمها: المرسومين رقم 62/76 المؤرخ في 1962/03/25 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام المعدل والمتمم، ورقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم والمتعلق بتأسيس السجل العقاري . إلا أن تحقيق هذا النظام واقعا لا يكون إلا على سبيل التدرج حتى تتم عملية مسح كل أقاليم البلديات مما جعل المشرع يبقى على نظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية، وذلك في المناطق غير الممسوحة و قد ألزم المشرع الجزائري عملية الشهر كإجراء إجباري حتى تنتقل الملكية للمشتري من خلال التأكيد على قواعد الشهر العيني و لاسيما في المادتين 15 و 16 من الأمر 75/74 المشار إليه أعلاه فنصت المادة 15: " أن كل حق للملكية وكل حق عيني عقاري آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

ويفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعترف بغير القيد للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية في مواجهة الغير، فإذا تم شهرها فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد، فأصبح من الواجب على كل شخص يدعي أنه مالك لأي حق عيني عقاري أما المادة 16 فجاء تأكيدها على عملية الشهر نصها كما يلي " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" وهذا يعني أن التصرفات الصادرة بإرادة منفردة والعقود المبرمة بين الأطراف ومن بينها عقد البيع العقاري لا يكون لها أثر بينهم ولا يحتج بها في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها بالمحافظة العقارية.

وبالتالي فإن السند أو الاتفاق ليس له وجود قانوني إلا بمراعاة إجراءات الشهر، فلا ينتج عن التصرفات التي لم تشهر سوى التزامات شخصية بين الأطراف وهذا في حالة ما إذا استوفى العقد الشكلية المطلوبة لإعقاده.

فالمبدأ العام الذي جاء به هذا الأمر هو أن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر أي أن القيد هو الذي ينشئ الحق وليس التصرف، وهذا يترتب عليه أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد كالرجوع بآثار القيد إلى تاريخ انعقاد العقد وليس للعقد أي أثر في نقل الملكية لأن العبرة بالشهر في المحافظة العقارية.

و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري أيضا من خلال نص المادة 792 من القانون المدني كما يلي:

" تنقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف..... " .

و بالرجوع إلى المادة 165 أيضا فهي تنص على أن " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري "

و نفس ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني المذكورة أعلاه. و عليه يلاحظ أن النصوص القانونية الدالة على إجراء الشهر جاءت بشكل إلزامي ولا سيما تلك العقود الناقلة للملكية العقارية أو إنشائها أو التصريح و أن انعدام هذا الإجراء يوقع التصرفات المبرمة كلها تحت طائلة، و باعتبار عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد ناقل للملكية فإن المشرع أوجب أطرافه على تنفيذ عملية الشهر من خلال ما سبق ذكره.

المطلب الثاني : عقد حفظ الحق

جاء المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بصيغة عقد حفظ الحق، و قد عرفه القانون الفرنسي في بيع العقار تحت الإنشاء وهو عقد ابتدائي (contra préliminaire) يسبق العقد النهائي، وذلك بموجب القانون رقم 67-03 المؤرخ في 03/01/1967¹، و عرفه المشرع الجزائري بداية في قانون 07/86 بتسمية البيع تحت الانجاز.

الفرع الأول: مفهومه

و عقد موجه يلتزم البائع بأن يحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري المحجوز له على أن يدفع هذا الأخير مبلغ مالي كضمان يودع في حساب خاص باسم صاحب حفظ الحق في البنك أو لدى الموثق.

ويجب على البائع أن يبلغ الحاجز خلال شهر بمشروع عقد البيع النهائي قبل التوقيع على العقد و هذا ما قد أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 27 من قانون 04/11 كما يلي " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق، فور إنجائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير "

أما في ما يخص الثمن الذي يلتزم به المشتري و هو الشخص الذي سيحفظ حقه فيقدمه للبائع وهو (المرقي العقاري) فقد أشار إليه المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة كما يلي " يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في

¹ - دوة أسيا، عقد حفظ الحق، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر"الواقع والآفاق " يومي 27 و

28 فيفري 2012، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر ص 01.

حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص
عليها في المادة 56 من هذا القانون...".

وقد عرف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق بموجب القانون 86-07 المؤرخ في
1986/03/04 المتعلق بالترقية العقارية، بمناسبة أخذه بنمط البيع الأجل
(la vente a terme)¹ فنصت المادة 29 من القانون رقم 86-07 السالف
الذكر على أنه

"يمكن الهيئة العمومية التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية،
أن تقترح البيع بناء على مخططات تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر
بها المصالح المكلفة بالتعمير، كما يمكن المكتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية
العقارية الذي يستوفي قانونا جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها أن يقترح البيع
بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح
المكلفة بالتعمير والمستخلصة من دفتر
الشروط".

الفرع الثاني: أركان عقد حفظ الحق

عقد حفظ الحق هو عقد شأنه شأن العقود الأخرى يحتوي على أركان العقد العامة
التي وردت ضمن قواعد القانون المدني من رضا أو التراضي الذي يجمع بين إرادتي
البائع و هو المرقي العقاري و المشتري باعتباره صاحب حفظ الحق من خلال عملية
الإيجاب التي يعرضها البائع على الجمهور، و يتمثل الإيجاب من خلال تقديم
المشتري ملفه الكامل أمام البائع، و اختيار البناية الوارد شرائها منه.

¹ - دوة أسيا، المرجع السابق، ص 2.

أما السبب فهو هو الغاية أو الغرض من الذي يسعى إليه كل من البائع و صاحب حفظ الحق من تحقيق هذا العقد و يقع على هذا السبب شروط ملزمة تتمثل أولها في أن يكون مشروعاً فلا يخالف النظام العام و الآداب العامة، و أن يكون محققاً، خاصة و أن طبيعة العقد هو ضمن إطار مستقبلي أو في طريق الإنجاز.

أما المحل فهو العقار المتمثل في البناية أو جزء منها، و التي يلتزم فيها البائع بالتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق وهو النتيجة الطبيعية للالتزام بنقل الملكية العقارية عن طريق اكتتاب العقد النهائي، باعتبار عقد حفظ الحق هو عقد مؤقت.

الفرع الثالث: خصائص عقد حفظ الحق

يتميز عقد حفظ الحق بمجموعة من الخصائص تميزه عن بقية العقود تتمثل في ما يلي:

أ- أنه عقد ملزم لجانبين:

عقد حفظ الحق يعتبر من العقود التبادلية، طبقاً للقواعد العامة لاسيما المادة 55 من القانون المدني باعتباره يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين²

فيلتزم المرقي العقاري بالقيام بكل ما من شأنه أن يجعل صاحب حفظ الحق يستفيد من العقار محل الحفظ إلى غاية إعداد عقد بيع البناية أو جزء من البناية محل حفظ الحق طبقاً لنص المادة 27 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم

² - تنص المادة 55 من قانون المدني الجزائري على ما يلي " يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان، الالتزام بعضهما بعضاً".

نشاط الترقية العقارية، و يلتزم المرقي العقاري أيضا بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنهاؤه.

بالمقابل يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي باسمه يمثل مبلغ الضمان يودع في حساب خاص في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية¹. وهذا أيضا ما أكد عليه المرسوم التنفيذي 13-413، المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 الذي يحدد نموذج عقد حفظ الحق و عقد البيع بناء على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كيفية دفعها كما يلي "يلتزم المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء الذي وصفه أدناه بغرض اقتنائه عند إتمامه بمقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في الحساب رقم.... مفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة".

إذا نستنتج من خلال هذه المادة أن عقد حفظ الحق هو عقد ملزم لجانبين بقوة القانون و أن المشرع الجزائري يؤكد ذلك، سواء في النصوص القاعدية و حتى التنفيذية.

ب. أنه عقد غير ناقل لملكية العقار محل حفظ الحق.

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث نتائج قانونية معينة والتصرفات القانونية الناقلة للملكية منها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقهما ومنها ما يصدر بإرادة منفردة.

¹ - دوة آسيا، المرجع السابق، ص 3.

وعقد حفظ الحق قلنا أنه من التصرفات الملزمة لجانين، ومحله عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء وبالرجوع للقواعد العامة حتى تنتقل الملكية العقارية لابد من إتباع إجراءات شكلية كالتوثيق و التسجيل و الشهر كما سيق و أن أشرنا في عقد البيع بناء على التصاميم، خاصة و أن الشكلية هي قاعدة ملزمة كما تضمنتها أيضا المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، التي تقضي أنه " زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها لشكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية..."

إلا أن عقد حفظ الحق لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري على غرار عقد البيع على التصاميم بحيث أنه يرتب بين أطراف العقد، أي المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق فقط التزامات شخصية تحكمها القواعد العامة وكذا القواعد الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فيبقى المرقى العقاري مالكا للعقار محل حفظ الحق، والعقد الناقل للملكية هو ذلك العقد النهائي الذي يلتزم المرقى بإعداده أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق هذا الأخير هو الذي يشترط فيه أن يكون في قالب رسمي لدى الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق(38)¹ و هذا ما أكد عليه المشرع صراحة في المرسوم التنفيذي 13-413 في الجزء الخاص بنقل الملكية كما يلي " يتم نقل ملكية الملك موضوع عقد حفظ الحق هذا

¹ - دوة أسيا، المرجع السابق، ص 5.

بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي و أمام الموثق مقابل دفع مبلغ المتبقي للبيع يتم تحرير التسبيق المودع لدى الصندوق أمام الموثق " و عقد حفظ الحق يعتبر عقد غير ناقل للملكية العقار محل حفظ الحق، فهو عقد يرتب فقط التزامات شخصية بين طرفيه أو كما نسميه عقد الليف الذي يلف فقط بين أطرافه

و في الحقيقة هذا يعتبر مساسا بإجراءات الشهر العقاري التي أكد عليها المشرع في العديد من النصوص، و هو أيضا مساسا بقواعد العامة للإثبات.

و قد أعلن المشرع انعدام إجراء الشهر صراحة في المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه كما يلي " يخضع عقد حفظ الحق هذا للتسجيل طبقا لأحكام قانون الطابع و التسجيل و هو معفي من التزام الإشهار العقاري"

أي تفرض على الأطراف فقط تثبيت تاريخ العقد و دفع الضريبة أمام مفتشية التسجيل و أعفاه من عملية الشهر.

كما منح المشرع لأطراف هذا العقد، إمكانية فسخه في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري إما باتفاق الطرفين، أو بطلب من أحد أطرافه سواء كان صاحب حفظ الحق أو المرقي العقاري طبقا لنص المادة 32 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مع الاحتفاظ بمبدأ التعويض.

ج- يلزم فيه تحرير عقد نهائي

في إطار القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية نصت المادة 2/33 على انه "يتعين على المرقي العقاري، بعد ثلاثة (3) أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب

حفظ الحق"، هذا يعني أن المشرع ألزم المرقي العقاري بموجب القانون رقم 04 - 11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية أن يقوم ببيع البناية أو جزء منها أمام الموثق هذا الأخير يفرض عليه قانون التوثيق أن يقوم بتسجيل وشهر جميع العقود المتعلقة بالعقار خلال ثلاثة أشهر من تحريرها بناء على نص المادتين 10 و 35 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق هذا ما يؤكد أن عقد حفظ الحق هو عقد مؤقت يتحول إلى عقد نهائي لسنا نعلم لماذا كل هذه الإجراءات التي تجبر صاحب الحق المحفوظ أن يلتزم بالقوة القانونية أن يشتري البناية أو جزء منها إذا تحول حفظ إلى حق نهائي؟

الخاتمة

يعتبر موضوع النشاط العقاري من المواضيع المهمة و الحساسة في النظام الجزائري، بسبب الفوضى والمشاكل الكبيرة التي عانى منها هذا القطاع من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لكثرة النصوص المتعلقة بهذا المجال و تناثرها بين النصوص العامة و الخاصة... الخ.. لذا اتضح لنا من خلال مناقشة هذا الموضوع.

أنه كان على المشرع الجزائري أن يتأني في صدور قوانين جديدة في مجال الترقية خاصة تلك التي تلغي قانون بأكمله كما و هذا الذي ينتهجه التشريع الجزائري فهو بدلا من أن يختار سياسة التعديل حسب مبدأ الملائمة، فهو يلغي بشكل مباشر دون أي مبرر قانوني أو حتى اجتماعي.

هذا ما أوقعه في مشكلة عدم الانسجام و التكامل في القوانين، من جهة و تناقضها من جهة أخرى هذا ناهيك عن عدم منطقية بعض الإجراءات و نخص بالذكر عقد حفظ الحق الذي ينعقد فيه قاعدة الرسمية التي تعتبر جوهر الملكية إن لم نقل هي الوحيدة من تثبت الملكية بطريقة مباشرة دون حتى اللجوء للقضاء إن كنا منطقيين.

لذا وجب على المشرع أن يسن قانون موحد ينظم الترقية العقارية وفقا لرؤية واعية بمختلف جوانبها ومختلف أدوار المتدخلين فيها، بدء من الأفراد و المتعاملين في الترقية العقارية إلى الدولة و الهيئات المالية . و مع ذلك لا يمكن إنكار الخطوات الإيجابية التي خطتها الترقية العقارية خلال مدة قصيرة حققت بعض النتائج الإيجابية، و ينتظر أن تحقق كل الأهداف المسطرة على المدى المتوسط و البعيد، بالنظر إلى الجهود المبذولة في هذا المجال و للأهمية التي تتمتع بها الترقية العقارية¹، لأن الأمر يتعلق بحق من حقوق الإنسان .

قائمة المراجع :

القوانين و المراسيم :

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44.
- قانون 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 10 المؤرخة في 05-03-1986.
- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 14، مؤرخة في 03-03-1993.
- -القانون 04-11 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الصادرة في 06/03/2011، جريدة رسمية، عدد 14.

¹ -هذا أيضا ما أشارت إليه : بوسته إيمان، المرجع السابق ص 302.

- قانون 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 10 المؤرخة في 05-03-1986.
- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 14، مؤرخة في 03-03-1993.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار الهومة للطباعة والنشر و التوزيع، الطبعة الخامسة، سنة 2003.
- عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة تخرج لنيل شهادة دكتوراه، جامعة لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010
- بوسته إيمان، المرجع السابق، و المأخوذ عن فتحي ويس المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، رسالة ماجستير، تخصص قانون عقاري، جامعة البليدة، 1999،
- بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق أبوبكر بلقايد، جامعة تلمسان.
- سعيداني لوناسي جيقة، المركز القانوني للمرقي العقاري في القانون الجزائري (04/11)، محاضرة أقيت بكلية الحقوق جامعة مولود معمري بتيزي وزو
- عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع عقار على التصاميم، عن عقد بيع عادي، مجلة حقوق و الحريات، عدد تجريبي في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق بن عكون، جامعة الجزائر 2013
- قاشي علا، التزامات المرقي العقاري و جزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، محاضرة أقيت بجامعة سعد دحلب " البليدة" كلية الحقوق، 2016.
- مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة و / مولاي طاهر بسعيدة -الجزائر-

- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة سنة 2008،
- دوة آسيا، رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، 2008
- الحبيب الشطي، دراسات في القانون العقاري التونسي، المجموعة الثانية، دار الميزان للنشر، الطبعة الأولى 2001
- زاهية بن سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الطبعة الثانية، 2000.
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية، 2000.
- رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، بدون طبعة 2001.
- ملخصات :
- ملخص عام لليوم الدراسي المشترك بعنوان، المعاملات العقارية و الإشكالات التي تعترى و تعيق العقد التوثيقي الغرفة الجهوية لموثقي الغرب، تنسيقية موثقي ولاية معسكر، مجلس قضاء معسكر يوم 30 ماي 2005.
- voir: Philippe Malaurie (vente d'immeuble a construire) Dalloz encyclopédie, civ- VII 1994, p2.